Comisión de Constitución, Códigos,Legislación General y Administración
Carpeta Nos. 2409,2720 y de 2008

Versión Taquigráfica N° 2042 de 2009

A D O P C I Ó N

Versión taquigráfica de la reunión realizada el día 27 de mayo de 2009

(Sin corregir)

PRESIDE: Señor Representante Javier Salsamendi.

MIEMBROS: Señores Representantes Beatriz Argimón, Antonio Gallicchio, Diego Guadalupe Brenna, Luis Alberto Lacalle Pou, Edgardo Ortuño y Jorge Orrico.

INVITADOS: Por la Asociación de Magistrados del Uruguay, doctor Eduardo Borges, Presidente y doctoras María del Carmen Díaz, Estrella Pérez Azziz y Beatriz Vila Blanco.

SEÑOR PRESIDENTE (Salsamendi).- Habiendo número, está abierta la reunión.

La Comisión tiene el agrado de recibir a una delegación de la Asociación de Magistrados del Uruguay integrada por las siguientes personas: doctor Eduardo Borges, Presidente; doctora María del Carmen Díaz, Ministra del Tribunal de Apelaciones de Familia; y doctoras Estrella Pérez Azziz y Beatriz Vila Blanco, Juezas Letradas de Familia.

Les agradecemos la presencia en esta Comisión y les solicitaríamos vuestras reflexiones y aportes sobre el tema que tenemos a estudio. Estamos considerando varios proyectos de ley que, si son aprobados, modificarían el Código de la Niñez y Adolescencia en lo que respecta a la adopción, así como también un proyecto que trata en exclusividad la modificación de la conceptualización y, obviamente, su aplicación práctica posterior del abandono.

SEÑOR BORGES.- En mi carácter de Presidente, quiero señalar que vine básicamente a acompañar a las compañeras que son quienes entienden en esta materia e integran la Comisión de Familia de nuestra Asociación de Magistrados.

Les agradecemos mucho esta invitación y esperamos que lo que ellas puedan decir aquí sea de utilidad para la futura legislación sobre la adopción.

SEÑORA PÉREZ AZZIZ.- Agradecemos la invitación y, sobre todo, que hayan tenido la paciencia suficiente para esperarnos, ya que no pudimos comparecer en las dos oportunidades anteriores en que habíamos sido invitados.

La doctora Díaz es la que va a dar el informe; como ya se dijo, es Ministra del Tribunal de Apelaciones de Familia, además es profesora adscripta grado III en Derecho Civil I, IV de la UDELAR y grado IV en Técnica Forense. Ella es la más especializada y la que mejor expone sobre el tema.

SEÑORA DÍAZ.- Agradezco que hoy nos hayan recibido; además debo decir que yo fui una de las causantes de que faltáramos a la invitación anterior. Por lo tanto, doblemente, gracias.

Yo no soy la que mejor expone, pero sí me he relacionado con tres Comisiones que existen respecto de esta. Además de integrar la Comisión de Familia de la Asociación de Magistrados, integré la Comisión que designó la Suprema Corte de Justicia para el proyecto de una alternativa de cambios, y además dentro del Instituto de Derecho Civil también ayudamos en la corredacción del proyecto que mañana será entregado al Parlamento. Entonces, debido a que estoy conectada, y a su vez conecté a las diferentes Comisiones, es que hoy hablo.

Para ordenar el tema yo lo dividí en: aspectos generales, aspectos procesales y aspectos sustanciales o derecho de fondo.

Sobre aspectos generales quiero decir que a nosotros nos parece que se derogaría la adopción simple, y creemos que no es conveniente. ¿Por qué? Porque se perjudicaría a ciertos niños que de otra forma no lograrían un estatuto de adopción. Es decir, aquellos niños que se adoptan por adopción simple no se adoptan por adopción plena; entonces, estaríamos sacando una oportunidad a muchos niños. Creo que hasta ahora ha funcionado bien, y no existe problema al respecto.

En segundo término, queremos decir que el Código de la Niñez y la Adolescencia planteó un problema en cuanto al ámbito de interpretación, o replanteó uno que había con anterioridad a la entrada en vigencia de la Ley Nº 16.603, que es la que actualiza el Código Civil. Es decir, cuando se promulgó el Código del Niño se planteó si había dos regímenes de adopción, uno para adultos y otro para niños, y existían ambas posiciones porque había argumentos para ambas. Finalmente, con la promulgación de la Ley Nº 16.613 se zanjó esta duda porque el Código Civil incorporó las normas del Código del Niño. Al sancionarse el Código de la Niñez y la Adolescencia se vuelve a replantear esta disyuntiva, porque no se sabe si para los adultos rige el Código Civil y para los niños, niñas y adolescentes el Código de la Niñez y la Adolescencia o si para todos los casos rige el Código de la Niñez y la Adolescencia. Nosotros entendemos que debería regir para todos, porque tiene efecto civil, porque existen otras normas por ejemplo, de reconocimiento-, que figuran en el Código de la Niñez y Adolescencia, que es para todas las personas, pero obviamente hay argumentos para ambas posiciones. Entonces, la mejor solución es la legislativa que establezca la validez de una u otra posición.

En relación con el proyecto, creemos inconveniente que el INAU sea el que, en definitiva, seleccione a la familia. Es decir, creemos que es muy importante la intervención del INAU, que debe participar preceptivamente, porque es la única institución que tiene la formación y el equipo multidisciplinario para hacer el estudio, tanto del niño como de la familia, pero no creemos que pueda dejarse la decisión administrativa. En primer lugar, porque sería una clara violación del principio de separación de Poderes y, en segundo término, porque se llegaría al absurdo de tener que recurrir los Jueces, como cualquier persona, también nos equivocamos al Tribunal de lo Contencioso Administrativo, lo que sería medio ilógico. Por ejemplo, se está tramitando la separación definitiva, el proyecto refiere a desvinculación familiar, y habría que decir al Juez: "Pare. Usted no puede resolver esto. Tenemos que ir a la vía administrativa".

Por lo tanto, creemos que además de la intervención preceptiva que actualmente tiene el INAU, y que en general no emplea porque solo interviene cuando se hizo la entrega, podría tener hasta legitimación para apelar.

Por otra parte, tal vez sea un descuido, pero la terminología del proyecto se refiere a niños y niñas, sin mencionar a los adolescentes; siempre estoy hablando de la iniciativa que tiene media sanción del Senado. No sé si se los quiere dejar afuera o es una omisión.

Con relación a los aspectos procesales, queremos trasmitir la importancia de lo que tiene que ver con lo procesal, porque la claridad procesal redunda en beneficio de los niños. El proyecto que elaboró la Suprema Corte de Justicia que nosotros integrábamos contenía una aspiración mucho más reducida, que era solucionar los problemas que hoy se plantean en la práctica en el aspecto procesal. Al no estar definidas bien las

competencias, se empieza a establecer que sería competente este Juzgado o el otro, y la gente va de uno a otro, perdiendo tiempo, causando frustración, constituyendo, en definitiva, una denegación de justicia. Esto perjudica al niño.

Entonces, creemos que es fundamental decirlo bien claro. Y en cuanto a lo procesal dividimos el tema en diferentes áreas. En la competencia territorial, creemos que en las medidas urgentes, en la separación definitiva, el Juez competente debería ser el de la residencia habitual del niño, que es diferente al domicilio del niño. El domicilio de los niños es el domicilio de los padres, y si nos rigiéramos por el domicilio de los padres, en el caso de que los dos papás estén trabajando en España y dejaron al niño acá con una abuela o una tía, se hace una adopción interna en España, ya que el domicilio de los padres es España. Por eso, en el ámbito internacional, los convenios hablan de residencia habitual del niño, que es donde tiene su centro de afectos. Por lo tanto, creemos que la residencia habitual debería ser el factor de competencia territorial tanto para las medidas urgentes como para la separación definitiva o desvinculación del niño de su familia, mientras que para la adopción plena sí podría tenerse en cuenta el domicilio del o de los adoptantes, porque ese niño ya viene estando con ese o esos papás.

En cuanto a la competencia por materia, con respecto a la cual se han dado muchos problemas prácticos, hay que determinarla específicamente, porque la materia de familia se subdivide en Jueces de urgencia que en Montevideo se llama especializado, pero que en el interior no hay y simplemente son con competencia de urgencia y Jueces de Familia, que en Montevideo son Jueces Letrados de Familia y en el interior solo con competencia de Familia. Creemos que las medidas urgentes deben ser llevadas a cabo por los Jueces con competencia de urgencia, en tanto que los trámites que llevarán a la resolución de la desvinculación o la adopción deben estar a cargo de los Jueces de instancia de Familia.

Respecto de los procesos en sí mismos, consideramos que es importante remitirse a algo conocido por los Jueces. Entiendo que cuanto más clara sea la ley, los Jueces tendrán menos posibilidades de interpretar, de optar y, por lo tanto, de errar. Creo que los procesos deben remitirse, por ejemplo, al CGP, que todo el mundo ya lo tiene internalizado. Entonces, por ejemplo, nos parece que las medidas de urgencia deben tramitarse como las medidas cautelares; no decimos que sean medidas cautelares, pero sí que el trámite sea el de las medidas cautelares.

En cuanto a la separación provisoria o desvinculación de la familia, entendemos, a diferencia del proyecto, que tiene que darse a través de un procedimiento extraordinario. Realmente se resuelve mucho allí; el procedimiento extraordinario da la posibilidad del debido proceso constitucional y de la efectivización de los derechos de todas las partes, de los papás biológicos o de la familia biológica y de los posibles adoptantes; y ahí interviene el INAU y demás. No creemos que el proceso incidental, que es muy breve, pueda responder eso. Además, sugerimos que las visitas que se deben resolver en caso de que permanezca un vínculo con la familia de origen, también se tramite acá. Creo que acá deben tratar de zanjarse todos los problemas. No creo que las visitas deban ser resueltas en adopción, en primer lugar, porque los procesos son diferentes: el proceso de adopción es voluntario, mientras que el de visitas puede ser contencioso; por lo tanto, no son compatibles. Además, me parece que para el niño, para los papás y para todo el mundo, debería estar todo zanjado al momento de llegar a la adopción, que generalmente es un momento muy grato y alegre para los papás y para el niño.

Con respecto al derecho de fondo, entendemos que no debería eliminarse el numeral 10) del artículo 27 del Código, porque sostenemos que tampoco debe eliminarse la adopción simple.

Advertimos un problema que a veces se ha dado con respecto a la violencia doméstica. Por ejemplo, cuando hay una entrega del niño, porque la familia o el tenedor no puede seguir haciéndose cargo, el proyecto indica que se debe comunicar al Juez, al INAU y, en su caso, al hospital. En realidad, eso provoca confusión. Yo creo que debería comunicarse solo a uno, y este uno debería comunicarlo a los demás; es decir, si se le comunica al INAU, este le dirá al Juez, y si se le comunica al Juez, este lo comunicará al INAU. Ha sucedido en casos de violencia doméstica que se comunica, por ejemplo, a Menores, a Familia y a Penal. Entonces, la gente no sabe a qué Juzgado ir, porque está citada a todos, debido a una incomunicación.

En los incisos segundo y tercero del artículo 132 del Código se habla de un tiempo de institucionalización mínima y se da responsabilidad a los Jueces. Obviamente, estamos todos de acuerdo con que el niño debe estar nada institucionalizado, pero aquí se establece un deber, y cuando a los Jueces se nos impone un deber ello nos atañe mucho y uno debe procurar cumplirlo. Pero, por ejemplo, en el caso de niños menores de dos

años con capacidades diferentes, a veces no es posible una adopción o una entrega antes de los cuarenta y cinco días. Yo he tenido algún caso que, además, resultó ser una adopción internacional, pero a veces es difícil conseguir unos papás para esos niños, más aún en el caso de niños mayores de dos años y menores de siete, porque generalmente los papás buscan adoptar recién nacidos, salvo que se agilite la adopción internacional, que podría ser una forma de no institucionalizarlo, pero me parece que el INAU es medio reacio a ese tipo de adopción. Además, vemos cierta contradicción entre esta norma y el literal B) del artículo 4º del proyecto, porque al INAU se le concede un plazo de gracia que no se concede a los Jueces. También existe otra contradicción: si se aprueba el proyecto tal cual está, estableciendo que la selección está a cargo del INAU, entonces, los Jueces no pueden hacer nada. ¿Qué responsabilidad van a tener si, en realidad, en el sistema que se plantea los Jueces simplemente tienen un rol administrativo? Si existen o no, no importaría; entonces, no le pueden atribuir responsabilidades, si no tienen ninguna participación.

También estimamos que la separación definitiva o la desvinculación familiar debería implicar la pérdida de la patria potestad. Hoy hay dos posiciones doctrinarias. Por un lado, la jurisprudencia mayoritaria y la doctrina también en su mayoría entienden que no fue derogada la disposición que establecía la pérdida de la patria potestad, y por aquello de que debemos respetar la separación de Poderes, los Jueces tenemos que respetar la ley, nos parezca conveniente o no. Por lo tanto, en la posición en que me encuentro, entiendo que no fue derogada la pérdida de la patria potestad, aunque considero que es inconveniente hacer los dos juicios y demás. Por otro lado, hay una posición minoritaria en jurisprudencia, con figuras como la doctora Carozzi, que entienden que sí fue derogada, pero se trata simplemente de una posición doctrinaria. Por eso creemos que debe establecerse esa es una de las sugerencias que hacía el proyecto de la Suprema Corte de Justicia que sí implica pérdida de la patria potestad, y así terminaríamos con el problema.

Por otra parte, nos preocupa el literal b) del artículo 141 del Código, en cuanto determina que no se puede adoptar sin el consentimiento del cónyuge, estableciendo como excepción que ese cónyuge esté impedido de dar el consentimiento de la voluntad o exista separación de cuerpos. Esta norma está inserta hoy en la adopción simple y tiene su razón de ser porque la vinculación del niño es con la persona, no con el matrimonio. Ahora bien; en la adopción plena se podría estar insertando a un niño en una familia sin el consentimiento de la persona. Imaginen ustedes a un matrimonio en el que uno de los cónyuges está incapacitado: no tienen hijos propios y adoptan. Con esto se podrían estar desplazando a hijos anteriores de esa persona, provocando todo un cambio en el orden hereditario. Entonces, creemos que si no hay consentimiento, no se puede hacer una adopción plena.

En cuanto a los efectos de la adopción, creemos que debería repetirse el segundo inciso del numeral 2) del artículo 149 del Código de la Niñez y Adolescencia cuando dice que en el caso del niño otorgado en adopción se constituye el estado civil de hijo legítimo o de hijo matrimonial. Esto no lo dice expresamente la norma en consideración.

Hoy por hoy se plantea el problema de qué calidad tiene el hijo que es legitimado por subsiguiente matrimonio. En principio era hijo natural y luego, según la ley, pasa a ser hijo legítimo; adviértase que de acuerdo con eso, a veces puede resultar heredero y a veces, no. Entonces, es oportuno establecer que se adquiere la calidad de hijo legítimo. De todas maneras, esto ya está establecido; inclusive, antes del Código, así se determinaba en la ley de legitimación adoptiva.

En cuanto al derecho a los antecedentes, diferenciamos el derecho a ver el expediente y el derecho a la identidad. Creo que este último es un derecho fundamental de toda persona: pienso que no puede limitarse según la edad quién tiene derecho a saber su origen. No habría que establecer edades, porque eso sería violatorio de la Convención y del propio Código de la Niñez y Adolescencia que establece que a los niños se les debe respetar la autonomía progresiva de la voluntad como sujetos de derecho. Todos sabemos que hay chicos de trece o quince años que son maduros y otros no. Entonces, deberemos ver a esos chicos de acuerdo con la evolución de sus facultades para determinar si pueden acceder solos al expediente o si deben ser acompañados en ese proceso, pero jamás negarles su derecho. En cuanto al acompañamiento, creo que tampoco pueden establecerse edades, porque estaríamos borrando con el codo todos los enunciados del Código de la Niñez y la Adolescencia y de la Convención. Volveríamos a estratificar a los niños diciendo: “Acá son incapaces; acá son capaces; acá decidimos los mayores por ellos”. Yo creo que hay que evaluar la situación de cada uno de esos niños: algunos podrán actuar solos y a otros habrá que ayudarlos. Obviamente, los mayores de edad siempre pueden acceder a sus expedientes.

Por otra parte, por supuesto que debe ser respetado el derecho a la intimidad. No cualquiera puede ver los antecedentes: debe tenerse en cuenta los derechos del adoptado, independientemente de cuál sea su edad, para que sus antecedentes no sean expuestos al público.

SEÑOR LACALLE POU.- Yo pregunté a qué artículos se refería, porque la propuesta del proyecto relativa a la modificación del artículo 149 del Código de la Niñez y Adolescencia refiere al principio general de la adopción internacional.

(Diálogos)

SEÑORA DÍAZ.- No lo dice el proyecto; ese es el problema.

(Diálogos)

SEÑOR LACALLE POU.- Los artículos modificativos están cambiados.

SEÑORA DÍAZ.- Nosotros vamos a adherir al proyecto que va a presentar la Facultad en el día de mañana; allí resaltamos los cambios propuestos y explicamos la motivación de cada uno.

En el proyecto se habla de efectos y se establece que quedará como hijo matrimonial o hijo reconocido, pero no se dice expresamente que se constituye el estado civil, que es lo fundamental.

SEÑOR PRESIDENTE.- La doctora Díaz señaló que el proyecto no mencionaba el término "adolescentes". En realidad, lo menciona en casi todos los artículos, ¿a qué norma está refiriendo usted?

SEÑORA DÍAZ.- En varias; por ejemplo, en el artículo 132, cuando se habla de "Desvinculación familiar" y se habla del "progenitor u otra persona", no se menciona el término "adolescente". Lo mismo ocurre en el último inciso de este artículo.

(Diálogos)

SEÑOR PRESIDENTE.- Ustedes coinciden con el cuestionamiento que señalara el Instituto de Derecho Civil; ellos ya habían adelantado que probablemente habría coincidencia en los planteos. Concretamente, en función de que entienden de que está afectada la separación de Poderes, hacen un señalamiento respecto al artículo 133, con relación a que sea el INAU el que seleccione la familia. En caso de que esto no fuera así, ¿ustedes propondrían continuar con los mecanismos actuales? ¿Evalúan que eso se ha cumplido correctamente?

SEÑORA DÍAZ.- Obviamente, la familia está capacitada para dar su opinión; lo que no se puede es dejar al Juez sin opción alguna. Todos los seres humanos pueden tener un error, y no por mala fe. Ha sucedido que el INAU, con o sin razón, le ha sacado un niño a una familia en la que estaba, por ejemplo hace un año, y se lo ha entregado a otra familia. Tal vez esa medida fue perfecta, pero la familia tiene que decir si entiende que está mal.

Hubo otro caso en el cual se estaba procesando la adopción de una niña que primero fue presentado a una familia, luego a otra, pero en realidad los padres no se habían desvinculado de ella. La madre había sido internada y el padre, que no era una persona muy capaz, entendía que la niña debía estar en el INAU hasta que alguien le advirtió que si quería podía tenerla él.

Entonces, se dan errores, a veces confusiones, pero si un Juez se equivoca por supuesto, los Jueces nos equivocamos tiene el recurso y es inmediato, es rápido; va al Tribunal y si allí no están de acuerdo va a la Corte.

En cambio, para el proceso administrativo hay que esperar el tiempo pertinente, después está la negatoria ficta, y entretanto, ¿qué pasa con el niño? ¿Me explico?

SEÑORA PÉREZ AZZIZ.- Quizás no se ve cómo puede funcionar esto prácticamente. La selección la va a hacer el INAU, pero lo que nosotros solicitamos es que la decisión de la entrega de ese niño a esa familia la tome el Juez, porque si el Código le da responsabilidades que se las dé por un acto de él. Es decir, que no sea simplemente que determinado niño pase en régimen de adopción y que el INAU administrativamente continúe con sus actuaciones, sino que el INAU seleccione a la niña o al niño y vea a una o a dos familias, que el Juez disponga la entrega de ese niño y que siga la adopción.

SEÑORA DÍAZ.- Pongamos que se le da el niño a una familia. Se hace la separación definitiva o desvinculación familiar en un proceso en el que se visita a toda la familia de origen, a los futuros adoptantes, al INAU, etcétera. Imaginen que alguien apela al Juez porque entiende que esa familia no es. El Juez por más que haya una apelación no puede resolver porque eso no es resorte de él. ¿Me explico? En otros países que sí seleccionan definitivamente una autoridad administrativa como en España existe el recurso ante el Poder Judicial que resuelve, pero acá no se puede hacer por cuestiones constitucionales. Me parece que hay mucho de copiado del régimen español, pero se trata de un sistema diferente, y a veces copiar sin ver produce estos anacronismos.

SEÑOR PRESIDENTE.- Usted señaló la necesidad de remitirse a procesos conocidos. Supongo de qué casos estaba hablando, pero le solicitaría si fuera posible nos dijera cuáles son los casos a los que se refiere en el proyecto en concreto.

SEÑORA DÍAZ.- Por ejemplo, en el proyecto, cuando se habla de medidas que se toman de urgencia, no se dice por qué proceso. Se dice que el Juez tomará las medidas de urgencia y las comunicará al INAU, pero todo eso ¿por qué proceso se hace? El proceso es una cuestión de seguridad para todas las partes, porque uno sabe dentro de qué carriles está, qué debe hacer el Juez, qué deben hacer las partes, cuándo alguien está saliéndose de su rol. Entonces, si hay que tomar medidas de urgencia, bueno, que se tomen de acuerdo con el proceso cautelar, que permite saber cuándo se recurre, ante quién, cuándo hay que pronunciarse. Se puede tratar de una separación definitiva; por eso decíamos que no al incidente porque el incidente es muy cortito, muy breve y no abarca todo lo que se resuelve porque se resuelve el destino del niño; siempre digo además que sea por el proceso porque en los cautelares no hay recurso sobre la sentencia final. En realidad, cuando uno puede aplicar el proceso... Pero acá tenemos una sentencia causa ejecutoria.

Otra cosa de la que me había olvidado es que si se adopta el proceso voluntario deberá decirse que no se puede modificar, porque el proceso voluntario siempre es modificable, y acá no podemos estar modificando. Así que expresamente hay que decir que no se puede modificar porque se está constituyendo un estado civil.

SEÑORA VILA BLANCO.- Lo que la doctora está diciendo y estamos reiterando ha pasado en varias ocasiones con respecto a la legislación, es que la demarcación clara de quién es el Juez competente y el procedimiento al cual nos debemos "aggiornar" lo que tiene de efectivo es la rapidez, que puede optarse en los procedimientos ya conocidos, que están implantados, que se respeta el régimen procedimental e instrumental, que es el CGP, que es lo que va en aras de una exactitud en los procedimientos. Se sabe cuál es el procedimiento, cuál es el Juez, cuál es la naturaleza de la sentencia y además cuál ha de ser el sistema recursivo; todo ello por la economía procesal y últimamente en la defensa de lo que estamos buscando, del hecho de fondo que es el bienestar de los niños, niñas y adolescentes.

SEÑOR PRESIDENTE.- Ustedes señalaban que en el proyecto debería decirse expresamente que el procedimiento en este caso denominado de desvinculación familiar implica la pérdida de la patria potestad. Reconozco que tengo una posición contraria a eso, que creo que no es necesario y estoy absolutamente convencido de ello. De todas maneras, mi consulta al respecto es si ustedes entienden que esto es a los efectos de aclarar el proyecto o es la posición que entienden más adecuada a los efectos de lo que la legislación debería de algún modo definir.

Por otra parte, la doctora Díaz señaló el principio de autonomía progresiva, y en función de esto, en atención al derecho a la identidad, al interés superior como principio rector, etcétera, planteaban, si no entendí mal, no poner límites de edad en relación con la eventualidad del acceso al expediente y a los antecedentes de parte

del niño, niña, adolescente o adulto -estoy de acuerdo con que estos casos pueden aplicarse también a adultos- y mi consulta al respecto es si en ese caso la resolución quedaría librada estrictamente a la decisión del Magistrado.

SEÑORA DÍAZ.- Creo que puede ser con intervención preceptiva, además del Ministerio Público que siempre va a tener esa intervención porque se trata de niños, del INAU. Digo: creo que el INAU debe estar presente en todas estas cosas; no es una cosa en contra del INAU. Este Instituto tiene una formación, tiene un personal estupendo, y sirve de asesoramiento, porque el Juez no es sicólogo, siquiatra ni asistente social. Por lo tanto, necesita asesoramiento. Y tampoco el Poder Judicial cuenta con técnicos especializados para ello, y no tenemos la posibilidad de que ingresen. Así que en realidad lo único que tenemos es el INAU. Pero por el principio que implantó Montesquieu, allá, en la Revolución Francesa, está lo de que hay cosas que tiene que resolver el Poder Judicial.

En cuanto a la patria potestad, el concepto de abandono de la patria potestad y el concepto de abandono del que habla, hasta la Convención para la adopción, son diferentes. El concepto de abandono de la patria potestad es un abandono culpable; el niño puede estar perfectamente y se hace el abandono culpable de un papá. En cambio, el abandono para la adopción plena es un abandono objetivo, es decir que el niño no debe tener nada. Acá, en este caso, puede ser adoptado por uno de los papás; en ese caso podría haber separación o no... Pero la cosa es que en la práctica se ha planteado... Por ejemplo, ustedes vieron que quien manejó aquí, del instituto, fue la doctora Carozzi; ella entiende que se dio la derogación. Nosotros entendemos que no, porque hay remisión expresa de la pérdida de la patria potestad, y entonces, si a mí la ley no me lo deroga, yo no soy quién para interpretar en esa forma y derogar yo. Esa es mi posición particular. Pero si voy a separar a un niño porque lo desvinculé y el abandono es mucho más amplio, abarco hasta el culpable. ¿Me explico? Y para los padres implica doble trámite, porque en realidad tienen que hacer la pérdida y esto... Es decir, si yo pruebo el abandono objetivo, implícitamente está el otro, ¿verdad? O no, porque puede ser que no sea culpable... Pero, a los efectos de la adopción, ¿para qué voy a hacer también? Además, si yo adopto, cesa la filiación respecto del anterior padre; ¿verdad? Entonces, si yo no hago la pérdida, debería, después de la separación, hacer la pérdida...

SEÑOR PRESIDENTE.- Correcto.

En el tema procesal ustedes señalaban la necesidad de remitirse a los procesos establecidos en el CGP, con las particularidades que plantean.

Quiero plantear una pregunta de carácter subjetivo. Uno de los elementos que impacta con más fuerza en este tema creo que en esto todos los legisladores estamos de acuerdo es el plazo, el tiempo que demora el proceso a los efectos de llegar a una adopción determinada. Entonces, quisiera saber, desde el punto de vista estrictamente subjetivo, si ustedes entienden que en el plano judicial los plazos con los que se maneja este tema hoy son adecuados o que necesariamente deberían modificarse de algún modo. Sé que es una consulta muy subjetiva, pero es uno de los temas fundamentales que estamos manejando.

SEÑORA DÍAZ.- Voy a tratar de dar una contestación objetiva. El tema de los plazos no es problema del Poder Judicial. Lo que sucede es que se demora en la adopción porque no hay niños. Tampoco es problema del INAU que no reciba niños. No es un problema atribuible a ningún organismo. La gente se queja de que no está para esperar cuatro o cinco años, pero en realidad es porque el INAU no tiene niños. Después de que el INAU hizo todo el proceso de hablar con una familia, con los papás biológicos y todo lo demás, la separación definitiva no tiene por qué ser complicada, salvo un caso como el mencionado en que se está dando a un niño a dos familias y se presente la otra familia o se lo esté dando a una familia y la familia biológica diga que no quiere desvincularse. Salvo en esos casos, es rápido. Y la legitimación en sí, bueno, he tenido casos en los que al mes y medio ya tenían la sentencia de adopción. Si sacamos lo de la pérdida de la patria potestad, es más rápido. La cuestión es si se pueden hacer conjuntamente o no, porque el objeto sería diferente. Entonces, si hay que hacer primero la separación, luego la pérdida, ahí sí se alargaría. Pero si la separación implica pérdida, ya sacamos un juicio del camino.

Y con respecto al otro punto, no tiene por qué ser largo, pero, a veces, la celeridad no tiene que implicar perder la efectivización de los derechos. Por ejemplo, si a mí, Juez, una persona me plantea que le sacaron el

niño, que estaba adaptado y quería quedarse con ella, bueno, yo tengo que saber, porque mi prioridad es el interés del niño y tengo que ver que haya encontrado la familia adecuada para insertarse. Eso es lo que yo debo resolver y, como dije, es mi prioridad.

SEÑORA PÉREZ AZZIZ.- Creo que hay un concepto algo equivocado cuando se dice que un juicio ordinario es más largo que un juicio extraordinario o que un incidente es más breve. En los hechos no es así. Un incidente a veces demora muchísimo más que un juicio ordinario, porque hay pruebas, oficios, que no contestan. En cambio, hay juicios ordinarios en que a los tres meses estamos dictando sentencia. Entonces, si es por acelerar los plazos, el proceso que se elija, que sea más largo o más corto, va depender de la problemática de cada caso particular. En algunos casos, como dijo la doctora, no hay problemas y en un mes y medio o dos, vencidos los emplazamientos, luego de esperar el vencimiento de los plazos, se dicta sentencia inmediatamente. En cambio en otros, hay una oposición, se recurre, va al Tribunal, viene, y estamos más de un año en eso. Como dije, depende de los casos en particular.

SEÑORA ARGIMÓN.- Antes que nada, quisiera agradecer la concurrencia de ustedes en el día de hoy.

Voy a formular dos preguntas. En primer lugar, quisiera saber si esta misma comparecencia se dio en el Senado, porque me sorprendió alguna apreciación acerca del recorte y pegue de este proyecto que se debatió en esa Cámara. Yo soy muy respetuosa de todos los Poderes, pero también de ambas Cámaras. Por lo tanto, me parece que el hecho de asesorarse en legislaciones comparadas no significa que en este Parlamento hagamos recorte y pegue de nada; ni en esta Cámara ni en la otra. Y en lo personal, tengo varias observaciones al proyecto en consideración.

Me parece muy bien lo que dice la doctora en cuanto a que lo que nosotros tenemos que preservar mediante la legislación y el accionar de las distintas instituciones y Poderes relacionados con el tema es el interés superior del niño.

La pregunta que hizo el señor Presidente yo coincido con que hay algunos aspectos y ajustes en términos temporales a tener en cuenta tiene que ver con que un mes para tomar una decisión, tanto institucional como judicial, en la vida de un niño o de una niña es mucho, en términos afectivos, del contexto que los contienen. Me parece que la pregunta apunta a qué consideran ustedes sería lo mejor para poder abreviar las distintas instancias por supuesto que tiene que ver con cada caso; eso está fuera de discusión, para que insuman menos tiempo de espera respetando las instancias del debido proceso, para que nosotros, desde acá, podamos poner énfasis en la optimización de los plazos a fin de que no sean largos en términos institucionales y judiciales porque aquí hay varios plazos que se juntan. Coincido con que la configuración del abandono es muy complicada y que la gente no llega a entender por qué insume tanto tiempo hacerlo. Me ha tocado conocer las ansiedades de papás y mamás que no entienden lo que significa en términos de derecho la necesidad de conformación de un abandono con todas las de la ley. Pero, bueno, esas ansiedades deberán bajarse desde otro punto de vista y por otra institución.

Agrego, además, que no es que no haya niños; niños hay. La cuestión es que los papás adoptantes cuando van a pedir niños en adopción requieren, entre otras cosas, que integren determinada franja etaria, que es donde hay menos niños. Cuando la Institución les plantea que es más amplia la gama de niños y niñas a la que se puede acceder en adopción, la voluntad de los que quieren ser papás se ve menguada. Por eso digo que hay muchos aspectos en lo cotidiano del querer adoptar que deben ser tenidos en cuenta. Me parece que querer ser mamá o papá no debería tener que ver con las edades de los niños. Pero, bueno, es así.

Por lo tanto, la pregunta del señor Presidente apunta a si ustedes, a través de la práctica profesional, nos pueden decir cómo les parece que se pueden ir acortando los plazos.

SEÑORA DÍAZ.- En primer lugar, señora Diputada, quiero excusarme si de alguna manera ofendí a alguien. No fue mi intención.

En el Senado no nos llamaron. Sí nos convocó la Senadora Percovich antes de presentar el proyecto. Fuimos a la reunión y mucho de lo que propusimos fue recogido por ella.

Quise hacer notar tal vez, de mala forma y me excuso por ello que toda norma responde a un sistema desde el doctor Narvaja para acá, todo el mundo consultó normas internacionales y además es una cuestión de la ciencia de la legislación, y que por lo tanto hay que ver la correlación de ese sistema con el nuestro.

En cuanto a los plazos, creo que deberíamos poner que las medidas urgentes serán a través de una medida cautelar. Digo esto porque, en realidad, estamos todos de acuerdo en que si el niño puede estar medio segundo institucionalizado, mejor. Entonces, lo que hay que hacer es entregar el niño al o a los adoptantes enseguida. Eso se puede hacer como medida cautelar.

Nosotros hemos tenido discusiones en este sentido con los Juzgados especializados. Les decimos que el INAU no tiene por qué institucionalizarlos y que es suficiente entregarlos como medida cautelar. Debemos tener en cuenta que lo importante es que el niño entre en una familia. Después, si el plazo demora, no importa porque ya está en una familia.

Entonces, el Juez puede decidir que se entregue como se hace actualmente a una familia, o a una persona si es que hay adopción plena de un solo individuo y, después, empezar todo lo demás. Esto es una medida cautelar; no implica que quede allí, pero por lo menos hay alguien. Generalmente, ese alguien ya está estudiado por el INAU, así que lo más factible es que se quede allí definitivamente.

También creo que significaría un ahorro de plazo el hecho de dar efecto de pérdida de patria potestad a la separación. ¿Por qué? Porque la pérdida de patria potestad implica un año de abandono y, en cambio, la separación puede ser de dos días. Puede suceder que se haga la separación y termine todo bárbaro, pero se tenga que esperar el año del abandono culpable. Con lo que digo, ahorraríamos mucho tiempo.

Entonces, el problema de entregar el niño se solucionaría con la medida cautelar, ya que inmediatamente que se comunica, debe ser entregado a alguien; obviamente, el Juez es asesorado por el INAU. Después, se va a los juicios. Con esto creo que se contempla todo.

SEÑORA PÉREZ AZZIZ.- En la práctica, nosotros, los Jueces de Instancia, a quienes se nos remiten los expedientes de los Juzgados Especializados, vemos que ya con el primer Decreto el Juez Especializado o de Urgencia ordena que el niño sea entregado a una familia o a una persona del INAU. Luego, escapa de nuestras manos lo que sucede una vez que se oficia al INAU. Lo concreto es que judicialmente es inmediata la orden de que el niño termine con su institucionalización, salvo que esté internado por alguna enfermedad o por alguna cuestión ajena. Normalmente se procede así.

SEÑOR PRESIDENTE.- Por otra parte, ustedes señalaron una serie de cuestionamientos al artículo 132, "Desvinculación familiar". Mi consulta es si entienden que en este proyecto está adecuadamente resuelto el problema de las guardas puestas; me refiero a los casos en los que, por determinado tipo de mecanismo, se entrega la guarda a alguien. También quisiera saber si entienden que el proyecto resuelve o no en caso de que crean que, a su vez, hay que resolverlo esa problemática.

SEÑORA DÍAZ.- El problema de la guarda puesta nunca va a ser resuelto. Vamos a tratar de que sea la menor posible pero, en realidad, si no es guarda puesta se puede hacer lo que se hacía antes, es decir, inscribir al niño como hijo del matrimonio.

Asimismo, el artículo 132 del Código de la Niñez y la Adolescencia, establece que no se podrá dar un niño sin comunicarlo al Juez. Pero acá no es así. Quiere decir que yo puedo tener un niño solo a los efectos de la tenencia y, después, mudar el ánimo y decir: "Ahora quiero adoptarlo". En realidad, estaría obrando legalmente. Entonces, evitaríamos eso.

Tampoco creo que es totalmente correcto el actual artículo 132 porque, en primer lugar, establece que no hay sanción y, en segundo término, habla de cuarenta y ocho horas. ¿Qué hace la gente actualmente? Espera, mantiene un vínculo, lo deja seis o siete meses, nace el afecto, y, después ¿quién se lo saca? Nadie. Eso es lo que sucede.

Entonces, me parece que lo mejor es establecer un determinado procedimiento y, si no se cumple, no hay adopción, y que no haya otra posibilidad. La persona lo podrá tener toda la vida, podrá hacer una tutela u otra

cosa, pero nunca va a tener la adopción. Como la gente lo que quiere es la adopción, pienso que esta es la manera de lograr ese fin.

SEÑOR PRESIDENTE.- Les agradecemos mucho su presencia. Quedamos a la espera del planteo; obviamente, si los señores legisladores lo entienden del caso, le darán estado parlamentario.

SEÑORA DÍAZ.- Cuando el doctor Juan Andrés Ramírez concurrió a esta Comisión ustedes le pidieron un proyecto. Eso es lo que van a presentar mañana; es lo mismo, pero reformulado. De esta forma, se va a cumplir con el pedido de la Comisión.

SEÑORA PÉREZ AZZIZ.- Les dejamos un memorándum con las exposiciones.

SEÑOR PRESIDENTE.- Muy amable.

Nuevamente les agradecemos su presencia; sus comentarios han sido muy útiles.

(Se retira de sala la delegación de la Asociación de Magistrados del Uruguay)

(Diálogos)

—— De acuerdo con lo resuelto, el tema que figura en segundo término del orden del día: "Medios de Comunicación. Modificación de varias disposiciones." será incluido como primer punto del orden del día de la próxima sesión.

No habiendo más asuntos, se levanta la reunión.

INFORME

ASOCIACIÓN DE MAGISTRADOS DEL URUGUAY

Montevideo, 27 de mayo de 2009.-

Informe de la Asociación de Magistrados del Uruguay a la Comisión de la Cámara de Representantes.-

Sr. Presidente de la Comisión de Constitución, Códigos, Legislación General y Administración de la Cámara de Representantes.

Sr. Salsamendi.-

Presente.-

La Asociación de Magistrados del Uruguay (AMU) se permite elevar

por su intermedio a la Comisión que usted preside las observaciones respecto del proyecto sobre modificación de disposiciones relativas a adopción actualmente a estudio de la Comisión.

Para una mejor ordenación de la exposición procederemos a dividir nuestras dudas u observaciones en tres capítulos, a saber: Aspectos Generales; Aspectos procesales y Derecho de Fondo.

I.- Aspectos generales

En primer lugar, de la lectura del proyecto parecería que se derogaría la Adopción Simple.

Para el caso que esto fuera así, creemos que tal derogación resultaría inconveniente para los intereses de los niños, ya en la experiencia que tenemos los niños que son adoptados en este régimen, no serían incorporados a una familia a través del instituto de la adopción plena. En consecuencia dichos niños/as y/o adolescentes se verían perjudicados de un beneficio.

En segundo lugar, queremos dejar de manifiesto las dificultades que se plantean a partir de la promulgación del CNA, en cuanto al ámbito de aplicación de las normas de adopción legisladas en dicho cuerpo legal, replanteándose en doctrina y jurisprudencia las diferentes posiciones que se daban antes de la última actualización del Código Civil - ley 16. 603 del 19-X-1994.

En efecto, hasta ese momento se discutía si existían dos regímenes de adopciones uno para los adultos, legislado en el Código Civil y otro para menores de 18 años, que se regulaba por las normas del Código del Niño o si por el contrario, las normas del Código de Niño habían derogado al Código Civil en dicho aspecto.

Tal discusión fue zanjada por la ley 16.603 que insertó en el C.C. las disposiciones del C.del N.

Hoy vuelve a producirse la discusión, y si bien estimamos que las normas del CNA son de aplicación tanto para mayores como para niños/as y adolescentes, por ser normas que guardan relación con el Estado Civil y por existir otras normas en el C.N.A. que son aplicables a mayores (ej. obligación de reconocimiento), realmente existen argumentos para ambas posiciones, por lo que estimamos que sería conveniente que la ley se pronunciara en dicho aspecto.

En tercer lugar, si bien creemos conveniente y necesario la intervención del INAU, por su reconocida competencia en el tema de adopción y porque cuenta con los equipos necesarios para realizar el "Matching" que lleve a ubicar los correctos padres para el niño/a y/o adolescente, estimamos que no podría ser éste quien tuviera la decisión definitiva sobre la elección del o de los adoptantes.

Ello por cuanto entendemos que seria una clara vulneración del principio de separación de poderes establecido por la Constitución de la República.

Pero además, se llegaría al absurdo que cualquier decisión que se quisiera impugnar debería realizarse a través de los recursos administrativos, terminando éstos en el TCA.

Creemos que además de la intervención preceptiva que actualmente tiene y en honor a la verdad, no la utilizan, podría tener legitimación procesal para impugnar las decisiones judiciales, si así lo estimara conveniente. Finalmente, en lo que refiere a los aspectos generales, observamos que tal vez involuntariamente se omitieron a los adolescentes en las normas sobre adopción, hablando todas ellas del niño o niña.

II.- Aspectos procesales

Queremos destacar que la importancia de correcta definición de las normas procesales redunda en beneficio de los niños/as y adolescentes, ya que la posibilidad de dos interpretaciones referente a estas normas se traduce en una inseguridad en la practica procesal que se refleja en demora de los trámites, demora en las adopciones.

Este problema que actualmente está presente en el CNA, fue lo que movilizó a la Suprema Corte de Justicia a formar una comisión que integramos conjuntamente con la Dra. Lilián Bendahan y el Dr. Pérez Manrique para realizar una reforma mínima que permitiera una mejor efectivización de los derechos de niños/as y adolescentes, teniéndose como base de ese proyecto el que hubiera presentado el Dr. Pérez Manrique en el Senado.

Es por ello, que creemos que se debe definir la competencia territorial para cada juicio. Estableciéndose para las entregas del que habla el art. 132 tanto del C.N.A. como del proyecto y para el proceso de separación definitiva de niños/as y adolescente la residencia habitual de los mismos, residencia habitual que se define como el centro de vida del niño y que se diferencia de lo que puede ser su domicilio, el cual será el de los padres. En cambio, para la adopción plena puede ser el domicilio de él o los adoptantes.

En cuanto a la competencia por materia, también la ley debería pronunciarse en los artículos correspondientes sobre que Juez es llamado a intervenir. Juzgados de Familia con competencia de urgencia: para tomar las medidas de urgencia (ejemplo arts. 132), Juzgados de Familia para los procesos de Separación definitiva; adopción en el orden interno e internacional, anulación; etc.

Finalmente, el proceso por el que deberá realizarse el proceso que lleva desde la entrega del niño a su adopción, remitiéndose a los procesos ya legislados en el CGP que son manejados por todos los operadores del Derecho.

Entendemos, que sería conveniente que el proceso del 132 -entrega del niño y medidas urgentes- se tramitara por el proceso cautelar.

En tanto que el proceso de separación definitiva (art. 134 del proyecto), se propone mantener el término que ya fue internalizado tanto por doctrina y jurisprudencia.

Asimismo y teniendo presente que este proceso tiene por objeto resolver el futuro del niño/a y adolescente, después de haber sido desechada la posibilidad de permanecer con su familia de origen, entendemos que el proceso adecuado para tramitarse es el proceso extraordinario (y no por el incidental como prevé el proyecto, art. 134) ya que de esta forma se logrará efectivizar los derechos de todos los intervinientes.

Asimismo, y para el caso que se decidiera la adaptabilidad del niño/a o adolescente, creemos que dentro de este proceso debe resolverse las visitas con los familiares biológicos con los que el niño/a o adolescente mantiene un vínculo (art. 146 del proyecto).

No resulta adecuado resolverlo en el proceso de adopción propiamente dicho, en principio son procesos diferentes uno es voluntario y otro es contencioso, en segundo lugar creemos que es conveniente que todos esos temas estén resueltos al llegar a la adopción.

Finalmente el proceso para la adopción sería el voluntario, con la salvedad que su sentencia no seria revisable conforme lo establece el art. 405 del CGP, atento a que se constituye un estado civil.

Y para el caso que exista oposición, se clausure el voluntario y se vaya al proceso extraordinario conforme lo dispone el C.G.P.

III.- Derecho de Fondo

Aquí y atento a que entendemos que debería permanecer el instituto de la adopción simple, creemos que no debería ser derogado el numeral 10 del art. 27 de C.N.A.

Asimismo y respecto de la comunicación que debe efectuar la persona que no desea continuar al cuidado del niño o adolescente (art. 132), creemos que debe ser comunicada a uno de ellos (Juez con competencia de Urgencia, INAU, servicio hospitalario), y a su vez quien reciba la noticia comunicará al otro, es decir al Juez para ir dando comienzo al proceso correspondiente y al INAU para que tome las medidas de atención inmediatas.

Creemos que debe colocarse en la redacción que la ultima opción para el niño es la institucionalización (inc. 5 del art. 132 del proyecto)

En referencia al tiempo de instucionalización de los niños/as, adolescentes y la responsabilidad que se le asigna a los Jueces deberá tenerse presente la posibilidad de adoptabilidad de niños menores de 2 años con capacidades diferentes y los mayores de 7 años (art. 132 bis incs. 2º y 3º del proyecto), además debe tenerse presente la contradicción de esta norma y la responsabilidad del INAU en el art. 4º literal B.

Por lo que entendemos que deberá procurarse cumplir con dichos plazos, pero no se puede exigir algo que puede resultar imposible.

Estimamos conveniente la modificación del art. 140 literal A del proyecto y establecer que la separación definitiva debe implicar pérdida de patria potestad para el o los progenitores (depende si la adopción se realiza por uno de los progenitores o no).

Opinión que todos los operadores del derecho creemos correcta, y hoy suscita problemas en tanto que conforme aquella separación de poderes que hablamos al principio, la mayoría de la jurisprudencia entiende que procede realizar ambos juicios, posición que es acompañada también por gran parte de la doctrina.

En cuanto a las prohibiciones que se establecen en el art. 141 del proyecto se entiende que no corresponde la excepción prevista en el literal b respecto de el conyuge impedido de manifestar su voluntad o que exista sentencia de cuerpos, tal excepción está hoy prevista en el art. 135 num. 3º inc. 3º. Para la adopción simple, en dicho instituto tiene su explicación porque el vinculo es solamente respecto de uno de los cónyuges, pero no corresponde cuando se pretende que la adopción sea plena respecto del matrimonio, ya que ello implica insertar un heredero -lo cual puede prestarse a maniobras de mala fe en perjuicio de los herederos- inclusive de los hijos del conyuge que no puede prestar su consentimiento.

Asimismo, se estima pertinente que en cuanto a los efectos de la adopción plena se repita la solución dada por el art. 149 num. 2 inc. 2 del C.N A, sobre que la misma tiene efectos constitutivos sobre el estado civil del niño, teniendo presente las discusiones en referencia a la filiación de la legitimación por subsiguiente matrimonio.

Finalmente en cuanto al derecho a los antecedentes y el derecho a la identidad, entendemos que todo niño tiene el derecho a conocer su origen, por ser un derecho fundamental.

En cuanto al acceso al expediente, como forma de conocer su historia de vida no deben establecerse más restricciones en cuanto edades, debiéndose tener presente el concepto de autonomía progresiva de la voluntad que establece el art. 5 de la Convención y 8 del CNA y que se traduce en la evolución de las facultades que no es la misma en todos los niños. En todo caso,si éste lo solicita deberá ser apoyado para que aquella no produzca daño en el niño/a o adolescente.

Respecto de los mayores no debe existir restricción alguna, salvo que también se pruebe que puede afectarlo de alguna manera el recibir la información sin el apoyo correspondiente.

Todo ello sin perjuicio del derecho a la intimidad del adoptado de mantener en reserva sobre su condición.

Finalmente, la Asociación de Magistrados se adhiere al proyecto que será presentado mañana por el Instituto de Derecho Civil de la Facultad de Derecho de la Udelar por haber participado en su redacción, como se explicitó en la comisión.

Dr. Eduardo Borges

Presidente

Dra. María del Carmen Díaz Sierra

Ministro de Tribunal de Familia de 1º T.

Dra. Estrella Pérez Azziz

Juez Letr. de Familia de 23º T.

Dra. Beatríz Vila Blanco

Juez Letr. de Familia de 15º T.